

量刑的技术与情感

——以许霆案为例

李兰英

摘 要：理论中的量刑平衡包括两个方面：一是整体平衡，二是个别平衡。量刑整体平衡的实现依靠立法的技术及其合理的量刑规则；量刑个别平衡的实现依靠法官的自由裁量权的行使，因而离不开情感的因素。量刑的技术和情感并不是对立的两个因素。为了追求刑罚实质的公正和相对的量刑均衡，需要法律赋予法官一定的自由裁量权。科学合理的量刑来源于立法、司法的技术设计以及正义情感的归位。

关键词：量刑均衡；量刑技术；量刑情感；自由裁量权

从无期徒刑到有期徒刑五年，广受媒体和群众关注的许霆盗窃案在形式上已经尘埃落定了，然而云南的“许霆”、福建的“许霆”却没有那么幸运地得到媒体的青睐，他们只好在监狱里自认倒霉或者以许霆案作为样本，提起申诉再审程序，但在不承认先例判决具有判例作用的我国，这样的申诉也许意义不大。“从无期徒刑到五年”的变更，固然满足了社会大众对许霆得到“正义”判决的期待，然而其他地方的“许霆”怎么办？透过许霆案，我们看到了罪与非罪，此罪与彼罪区别的困惑，但更引发争论的是“前后悬殊的量刑结果”。因此，量刑均衡的古老话题，再次聚集了众人的目光。

一、立法的缺陷与情感的抑制

理论中的量刑平衡包括两个内容：一是整体平衡，在量刑中首先应当遵循类似案件类似处理原则来达到量刑公正的目标；二是个别平衡，即，在案件类似处理的原则下，让刑罚个别化找到与整体保持平衡的最佳结合点，做到个别平衡。只有整体平衡与个别平衡相结合，才能最终实现量刑的真正平衡。

量刑整体平衡的实现依靠立法的技术及其合理的量刑规则；量刑个别平衡的实现依靠法官的自由裁量权的行使，因而离不开情感的因素。量刑个别平衡之理论基础主要来自于刑罚个别化，其要求我们在关注行为社会危害性的同时也要充分关注犯罪者人身危险性。它要求我们对比法定量刑情节的同时应该关注酌定情节的适用。

许霆案件的发生，再次折射出盗窃罪法定刑设置的缺陷。根据我国刑法第 264 条规定：盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处 3 年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；有下列情形之一的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产：（一）、盗窃金融机构，数额特别巨大的；（二）、盗窃珍贵文物，情节严重的。

作者简介：李兰英，厦门大学法学院教授，博士生导师。

参见归丽华：《论量刑均衡的司法实现》，载《华东政法学院硕士论文》2002 年电子版本，第 8 页。

可见,现行刑法对盗窃罪的量刑档次划分为四个档次:数额较大或者多次盗窃;数额巨大或者有其他严重情节;数额特别巨大或者有其他特别严重情节;盗窃金融机构,数额特别巨大的以及盗窃珍贵文物,情节严重的。但问题是:如果出现盗窃金融机构,数额巨大的情况时,该适用哪个量刑幅度呢?由于法律没有将这种情况设定为情节加重犯,因此,我们只能将此认定为数额巨大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑。但是,盗窃金融机构,数额一旦达到特别巨大的情况下,按照法律的规定则应处无期徒刑或者死刑。从数额巨大到数额特别巨大,两者应该相互自然衔接。但是,从3年以上10年以下有期徒刑直接跳到无期徒刑和死刑,中间则是一条鸿沟,没有任何的缓冲地带。

就本案而言,许霆连续取款171次,共取出17余万元,毫无疑问,远远超出了数额特别巨大的标准。故,许霆的行为完全符合盗窃金融机构,数额特别巨大的情节,依据现行刑法典,只能是无期徒刑和死刑之间选择适用刑罚。难怪法官满怀委屈:最初判处“无期徒刑”,不仅有法律依据,而且是选择法定刑中相对轻的档次。但是,为何该判决一出,就遭到了众人的质疑?梳理质疑的头绪不外乎以下几种:有的认为是不当得利,应该按照民事纠纷解决;有的认为是侵占罪,应该从轻发落;有的认为是普通的盗窃罪,不应该与金融机构挂钩;有的认为,法官量刑不均,是自由裁量的错误。

一言以蔽之:对于老百姓来说,他们未必知道罪与非罪之间如何界定,也不去关心罪质的不同。他们只是一种直觉:判的太重了!而对于法官而言,他们感到迷惘:依照法律量刑,何错之有?于是,学者们站出来切中要害:我国盗窃罪法定刑设置不合理,这才是问题的症结所在。从理论上讲,同一种犯罪结果的数量与其所应受刑罚应成正比关系,数量越大,量刑就应当越重。在犯罪结果量的上、下限与量刑的上、下限之间应当存在必然的比例关系^[1]。反观我国的盗窃罪立法,在盗窃金融机构数额巨大与数额特别巨大之间,呈现“数额与惩罚”比例关系的陡然倾斜,使盗窃罪在立法技术上没有形成合理的罪刑阶梯。何况,十年来,盗窃量刑标准并没有根据国民经济、人均收入的提高做相应的调整,以至于判决结果相较十年前显得越来越重。……与罪刑相适应原则是背道而驰的。

立法中的缺失导致实践中的迷茫,法律的严格遵循却引起社会不满的骚动。老百姓并没有把矛头指向立法的失误,而是指责银行的缺乏诚信和法院对于银行权利的倾斜。甚至,在这一个阶段,人们抒发了对许霆本人的同情和对银行的憎恨。大有是非颠倒,判断坐标迷乱之势。

然而,对于本案第一次判决,该争议的应是立法技术本身,而不是法官的自由裁量权,更不是法官的喜恶。因为,在制定法国家,法官本来就只能依据事实适用法律,而不能创设法律。本案中,没有可以减轻的法定情节,刑法赋予法官的裁量权只是在“无期徒刑”和“死刑”之间选择。由此,法律缺陷导致判决结果“合法但不合理”。

二、量刑的失误与情感的失落

当许霆案第二次判决结果公布后,有记者提问广州市中级法院刑二庭甘正培庭长:“我国《刑法》规定盗窃金融机构且数额特别巨大,最低法定刑是无期徒刑,而重审判决对许霆在法定刑以下量刑的依据是什么?”

甘庭长回答:许霆盗窃金融机构,数额特别巨大。没有法定减轻处罚的情节,反而在盗窃后携款逃

按照《最高人民法院关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第3条对盗窃罪量刑的数额标准的规定,个人盗窃公私财物价值人民币3万元至10万元以上的,为“数额特别巨大”。

黄冲、王亦君:“8名律师就恶意取款者被判无期案上书最高法院”,《中国青年报》,来源:新浪网。http://news.sina.com.cn/c/1/2008-01-08/020014687927.shtml。

网上广为流传的一段关于储户和银行的顺口溜反映了这股潜流:柜员机取出假钱——银行无责;网上银行被盗——储户责任;柜员机出现故障少给钱——用户负责;柜员机出现故障多给钱——用户盗窃,被判无期;银行多给了钱——储户义务归还;银行少给了钱——离开柜台概不负责。

黄冲、王亦君:“8名律师就恶意取款者被判无期案上书最高法院”,《中国青年报》,来源:新浪网。http://news.sina.com.cn/c/1/2008-01-08/020014687927.shtml。

匿,案发后又没有退赃。重审判决之所以对许霆在法定刑以下量刑,主要基于以下几点考虑:第一,许霆的盗窃故意和取款行为是在自动柜员机出现异常的情况下发生的,与有预谋、有准备的盗窃犯罪相比,主观恶性相对较小。第二,许霆是利用自动柜员机出现异常,使用本人银行卡指令超出余额取款的方法窃取款项,与采取破坏性手段盗取钱财相比,犯罪情节相对较轻。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度,如果依据法定量刑幅度就低判处其无期徒刑仍不符合罪责刑相适应原则。

考虑到许霆案的特殊情况,依照我国刑法第 63 条第 2 款关于犯罪分子虽然不具有刑法规定的减轻处罚情节,但是根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,也可以在法定刑以下判处刑罚的规定,对其在法定刑以下量刑,判处有期徒刑 5 年。

上述解释概括为一句话就是:根据案件的特殊情况,经最高人民法院核准,可以判处有期徒刑 5 年。到底本案的特殊性是什么?有人概括为:“主观恶性比较轻,客观危害比较小,人身危险性比较弱”等等。笔者认为,以上都不属于案件的特殊情形。案件的特殊情形在于“自动柜员机出现异常”。这就意味着被害人(银行)存在过错。如果把自动柜员机等同于金融机构,那么就是金融机构出现异常。即,“银行的情况类似于诱导性犯罪,使一个原本没有犯罪的人临时产生了想占便宜的想法和行为。”北京律协刑事诉讼专业委员会秘书长李肖霖说,如果这个人一辈子没有遇到这样的问题,他一辈子都是好公民不会是罪犯,但银行的错误使他成为罪犯。甚至,银行整整一天都没有发现自己的问题,使许霆能够提款 171 次,最终构成数额超级巨大的重罪。……银行方面一直称自己是“受害者”,但有调查显示,93.8%的受调查者认为,银行应该为 ATM 机出错承担法律责任。

许霆案件是否承担责任或者是否减轻责任,我们可以尝试从“期待可能性理论”中找到可以说服的理由。众所周知,期待可能性的基本含义是指基于对人性弱点的同情,法律不可能期待许霆在当时取款机出现故障,极具诱惑的前提下,做出理智的、合法的行为。“仅靠公民自律,这是个有指望而没有把握的事情。如果你的制度环境本身漏洞百出,你让一个人永远自律,是要求人做圣人,而不是做凡人,但毕竟 99%的人都是普通人。”基于期待可能性对有责性的阻却或者减少的意义,许霆行为是否构成犯罪或者可以从轻责难就具有了法理的基础。

因此,第二次审判对许霆的量刑减轻的思路是合情合理的。但问题是,量刑减轻到什么程度是人们可以预测和接受的?对这个事由的承认与否,交给法官自由裁量。最终做出什么样的裁决完全靠法官对特殊情形的理解和情感寄托。我国犯罪成立的条件中没有“有责性”这一层面的判断,因此,法官没有发挥“情理”说明的空间,只好借助刑法典第 63 条作为解释和依据。寄希望于通过上报最高人民法院,并经过其核准来追求一个“合情合理”的判决结果。

然而,事实证明:轻判了许霆,也一样没有说服众人之心。反而增加了更为激烈的争论和质疑。因何如此?

因为民众在获得表达自己对许霆行为的理解、同情之时,也在观望法律的硬性和弹性,观望着对法律尊严挑战即将带来的后果。殊料,一审、二审所得出的天壤之别的判决结果更大程度上造成民意的失落:法律原本这样不堪一击,法律的弹性造成已然犯罪与未然犯罪者的内心骚动与不平衡。他们来不及为获得民意胜利欢呼就陷入了情感的失落。

正如有的学者所言:“甘法官所解释的‘所谓社会危害不大,情节较轻’,应针对许霆的行为,而不是

《广州中级法院关于许霆案前后量刑悬殊的释法答疑》,来源:中国网。http://www.china.com.cn/news/txt/2008-03/31/content_13978714.htm。

黄冲、王亦君:“8 名律师就恶意取款者被判无期案上书最高法院”,《中国青年报》,来源:新浪网。http://news.sina.com.cn/c/1/2008-01-08/020014687927.shtml。

许霆案备受舆论关注这一事实。”的确,如果仅仅是因为本案引起公民极其关注和同情,法官因为备受质疑的一审裁判而做出从轻的判决,那么,这是一次失败的判决。

事实上,法官裁量许霆案件的处刑,必然一方面要充分考虑许霆行为本身的社会危害性,另一方面又要考量社会各界舆论关注这一事实的程度以及对判决的期待与评价。一旦法官的自由裁量偏离客观的量刑基准或者违背公序良俗,必然导致量刑不当,甚至不公。由此可见,意图达到量刑的科学合理,必须融合量刑的技术与情感。

三、法官的角色与量刑的情感

现代心理学通过对人类心理活动的深层机制的科学研究,证实了认识、情感和意志,作为人们对客观事物反映的心理过程的三个不同方面,是互相联系、不可分割的心理因素。情绪即情感的外在表露,是指对外界刺激的肯定或否定的心理反应,如喜欢、愤怒、悲伤、恐惧、爱慕、厌恶等。心理学认为情感是非理性的,是人们对于某种事物是否符合自身需要和欲望而产生的心理体验。量刑中的情感因素就是指法官在量刑活动中对与案件相关因素做出的诸如喜怒哀乐等心理反应。法官是否因情感因素影响量刑,实务界的法官并不隐晦自己肯定的观点,但在中外思想家的争辩中却有肯定与否定两种主张。

否定说认为:法官的职业必须要求法官是理性的,毫无偏私的。要摒弃一切个人的特性,排除干扰,根据法律事实,运用逻辑,近于机械地适用法律。例如,传统解释学派代表施荣尔马赫主张:“法官作为对法律和案件事实的解释者,为达到对理解对象的一种正确的、客观的把握,法官必须放弃一切意识中的、后天习得的知识、经验、传统、理性、情感和思维方式等。也就是要求法官要一片空白状态地解释文本。”^{[2](P.379)} 刑法学鼻祖贝卡利亚也明确指出:“刑事法官根本没有解释刑事法律的权利。”“当一部法典业已立定,就应该逐字遵守,法官惟一的使命就是判定公民的行为是否符合成文法律。”^{[3](P.17)} 在他看来,“法律的精神需要探询”,再也没有比这更危险的公理了。承认这一公理,等于放弃了堤坝,让位给汹涌的歧见。”^{[3](P.16)} 总之,判决是纯粹逻辑的产物,情感无法涉入其间。法官应该也可以生活在三段论的神圣净土里,不受感情的干扰。

肯定者从法官是自然人的立场出发,论证法官的情感是其本性的表现。法官是一个具有主观能动性的生命体,法官个人对某些行为的喜好与偏见、感触与感情等等属于潜意识深层次的力量,不自觉地渗透到了法官自由裁量的过程^{[4](P.32)}。美国法律写实主义对司法过程中情感作用的分析贡献尤巨,其中的一段比喻引人深思:“司法裁决与法律判例之间的关系还不及这些裁决与法官的早餐更密切。无数研究都表明,法律上相同的案件——关于同样的问题,拥有同样的证据支持,常常得到不同的处理。”^{[5](P.3~4)}。其结论为:法官的偏见与喜好等情感因素影响了法官对案件的认识和分析以及适用法律的过程,才会出现不同法官对同样的案件做出不同的判决。

依笔者看来,在量刑中是否允许以及是否存在法官的情感因素,这是应然与实然两个不同层面的问题。在是否应当允许法官感情介入的层面,刑事古典学派主张“客观行为中心论”、“客观危害为衡量罪责标准”、“罪刑相当”,自然会排斥任何情感因素介入量刑。而提倡以“行为人中心论”、“提倡刑罚个别化”、“相信刑罚具有教育与矫正”功能的近现代刑事法学派,可能会把自己的喜好与期望的感情笼罩在被告人的身上。美国的现实主义学派则从实际出发,印证情感因素在量刑中的不可避免性。依笔者之见,当今法官的复杂角色决定了法官的特殊人格,从而客观决定了法官难以摆脱情感因素的束缚和影

王琳:“许霆案轻判是司法还是民意的胜利”,《东方早报》,来源:新浪网. <http://news.sina.com.cn/pl/2008-04-01/074515266758.shtml>。

譬如,在丹尼尔·高曼(Daniel Goleman)所著的《EQ》一书中,将情绪定义为“感觉及其特有的思想、生理与心理的状态,以及相关的行为倾向”。他研究的结果表明,情绪、行为、认知就如同等边三角形的三个角,三者必须配合而非抗衡,才能使个人身心状态处在平衡状态。转引蔡秀玲、杨智馨著:《情绪管理》,扬智文化事业股份有限公司,1999年10月第1版,第127页。

响。

首先,法官是具有七情六欲的自然人,具有根深蒂固的个人喜好与厌恶。我们不可能苛求他们今天是学生身份,明天当了法官就成了绝缘于世、冷酷无情的“超人”。自然人的情感因素始终会伴随在法官的司法认知活动中。被害人或者被告人的气质、修养、身份,乃至相貌都会引起法官潜在的欣赏与厌烦,对量刑有着微妙的、隐性的影响。

其次,法官是社会人,不可避免地具有社会属性。英美法系的法官一般都是从律师中选任的,这样既能够保证法官具有丰富的社会经验,熟悉社会阶层的实际情况,且具有丰富的办案经验。这也是重视法官社会属性的表现。法官是否应当依据一种客观的或者主观的标准来发现正确有用的行为规范,来发现社会福利的格局。对此提问,支持者甚至断言:“一种法学如果不是不断与一些客观的或者外在标准相联系,就会(引出)衰退为德国人称之为‘情感法学’——一种仅仅是情感或感觉的法学的危险。”^{[6](P.65)}而在我国,司法改革的号角“强调法官职业化,但不能脱离社会,不能脱离人民,法官既是法律工作者,又是社会工作者”。表达出法官社会责任的不可推卸和始终保持对社会大众疾苦的敏感以及对自己正担负着一定权利、义务的警惕和清醒。

最后,法官的第三种角色为政治人,法官判决来源于他作为政治人的情感。培根对此的注脚为:“每一名法官首先应当牢记罗马《十二铜表法》结尾的那个警句:‘人民的安全就是最高的法律’^[7]。”来自美国的学者对法官政治人这一特征的分析更直截了当:“法律机构容易直接受到政治权力的影响:法律被认同于国家,并服从于以国家利益为名的理由,权威的维护是法律官员首先关注的问题。”^{[8](P.35,37)}

上述不同国度的学者从不同角度均揭示出现代法官的政治使命:随着社会的多元化,人们的法制观念和意识的增强,社会越来越仰仗和倚重司法来解决各种社会冲突和政治争端,愈来愈多的社会问题和政治问题都转化为法律问题,演变为对立的权利主张和争议,法院也因此越来越多地被置于社会和政治冲突的浪尖^[9]。一种个案的解决方式满足了对个人正当权益的尊重,一份判决书的内容达到法律效果和社会效果的统一,无形中增加了一枚社会稳定的筹码。

最近发生在福建泉州的王小喜案件引起社会各界的关注。该案认定的关键是“沉尸葬母”的行为是否构成侮辱行为。这是一个由社会伦理规范、道德规范评价的问题。而判定什么是侮辱,不仅要从犯罪嫌疑人的主客观方面去界定,而且还需要对是否违反善良风俗,交由当地的社会群体意识形态、风俗习惯做出判断。倘若当地的百姓认同这种行为,或者即使不赞成,也只是责难于“不敬、不孝”的层面,那就应该倾听民声。此时,法官的判断既受自己意识形态的影响,又不可避免地受当地百姓对此事态评价的左右,还要综合考虑政府部门对此案件关注的程度和潜在的导向。换言之,法官作为一名特殊受众,既有普通社会一员的思考,也有作为法官的特殊思维。法官无法生活于真空状态,媒体舆论的导向、社会伦理道德、社会一般人的意识形态均不可避免地对法官的认知产生影响,最后形成法官自身的心理事实,而心理事实则反过来会影响法官的审判行为^{[10](P.165)}。从而对于被告的评价就不再是单纯的建立在法律事实的基础之上。

有鉴于此,法官的判决在很大程度上受自身人格因素的影响。而人格因素牵涉到法官的各个方面,

最高人民法院院长王胜俊先生在全国大法官“大学习大讨论”研讨班上指出,“法院与人民群众的距离要越来越近,不能越来越远。要切实纠正司法脱离群众、高高在上的习气和作风,真正体现司法为民。”(吴兢整理:“王胜俊:司法不要搞神秘化”,载《人民日报》2008年8月28日)

王小喜,安徽人,在泉州打工,与母亲一同生活,母亲病逝后,因为无钱埋葬或者火葬母亲,就采取了“将母亲的尸体装在麻袋里沉于水中”的葬母方式。几天后,尸体被发现,公安机关在侦查之后,认为故意杀人罪证据不足,但其行为涉嫌“侮辱尸体罪”,将王小喜刑事拘留。见2008年11月29日《海峡导报》的相关报道。

倘若法官深受传统观念教育,对此“违反传统美德”的行为义愤填膺,拍案而起;抑或最终的裁判结果也可能会因为同情犯罪嫌疑人而“拮据”、“无奈”的处境,以及稳定社会,平息百姓抱怨,而从轻发落,给量刑从宽处理,或者根本不以犯罪来定。针对此案,网上的舆论开始质疑民政部门的火葬费用过高,百姓葬不起的现状。政府部门承受着一定的压力。

大到法官生存的外在环境,如语言、传统、地理、文化、社会制度和思维方式,小到法官的个人心理结构、性格气质、生活阅历、情绪爱好、知识结构和价值取向等。法官的情感因素是人格因素的重要组成部分,是渗透于量刑过程中的隐性元素。正因为如此,如果不对法官的情感进行良性引导和技术规范,纯粹感情层面的裁判必然会带来量刑的不公与失衡。

四、量刑的基准与量刑的情节

量刑失衡现象在世界各国都不同程度的存在,寻求解决的路径也基本上大同小异。其中“通过规则技术的完善在一定程度上防止情感因素的泛滥”可以说是探索者共同关注所在。美国传统实证主义对于量刑的法官的自由裁量很少施加其他限制,并且未对这种自由裁量的行使提供任何指南。典型的表现是:美国的法律只确定刑罚的限制,而法官能够在法定限度内(通常是上限)内选择几乎任何刑罚。但是随着实证主义的衰落,对于如此广泛的做出决定的权力的信任下降了^{[11](P.21~22)}。英美国20世纪70年代中叶就开始了量刑改革运动,在量刑理论上主张均衡量刑论,在量刑方法上主张实施量刑统一标准,以对法官的自由裁量权作适度的限制。我国刑法没有规定一个统一的量刑基准,刑罚裁量的幅度较宽,客观上赋予了法官较大的自由裁量权。另外,我国刑法只是列举了法定量刑情节,而没有将酌定情节法定化,愈加表明立法技术的欠缺与情感因素的放任。

如果说地区差异是导致量刑失衡不可避免的因素,那么,同一人民法院判决结果的种种偏差更需要人们反思。诚如众多学者所分析的,盗窃罪法定刑的阶梯设计缺陷,盗窃罪量刑标准滞后,盗窃罪量刑规则的粗漏均是造成许霆案件无法正确裁量的实体法因素。那么,是否通过设立具体的盗窃罪量刑细则,同案异罚问题在技术层面就有了矫正的可能性?或者说至少这是最基本的规则技术的保证?

笔者手中有一份福建晋江法院的《刑事案件的量刑规则》,其中的《盗窃案件细化量刑标准》对于量刑基准的把握和量刑情节的归纳,基本上能够对症下药于量刑失衡和无法可依的困惑。笔者认为这是量刑技术与情感因素结合得比较好的一个范本。以下是结合量刑理论对晋江法院的《盗窃案件细化量刑标准》所做出的几个方面的点评:

(一)盗窃罪的量刑依据以犯罪数额为基准。在量刑公正的实体法技术完善争论中,难点与焦点就是寻找科学合理的量刑基准。“在主要以犯罪数额体现社会危害性的犯罪中,一个法定刑幅度必定对应一个犯罪数额幅度。”^{[12](P.59)}从个别省份规定的一些量刑指导看来,盗窃罪的量刑基准的把握一般采用“以犯罪数额比对相应的法定刑幅度确定量刑基准”。晋江法院的《刑事案件的量刑规则》(以下简称该规则)的第2条即是采用了这个标准:“盗窃犯罪的量刑依据主要以犯罪数额为基准,盗窃二万元以下处三年以下有期徒刑、拘役或管制,盗窃一万元的按判处一年六个月有期徒刑为基准线;盗窃二万元以上九万元以下的,处三年以上十年以下有期徒刑,其中盗窃五万元的按六年有期徒刑为基准线;盗窃九万元以上的,判处十年以上有期徒刑。”

以上确立量刑基准的规定无疑贯彻了罪责刑相适应的原则。但是,不容忽视的是,盗窃犯罪同时也是多次犯,盗窃数额和盗窃次数都是决定盗窃案件社会危害性的重要因素,在盗窃数额相同的情况下,多次盗窃的社会危害性比一次盗窃的社会危害性大;同理,在盗窃次数相同的情况下,盗窃数额越大,社会危害性也越大。因此,盗窃数额达到“数额较大”标准后,以一次盗窃为本数,剩余的盗窃次数应当转化为从重量刑情节。但这一思想没有在细则中明示。而许霆案件既是数额巨大的典型也是次数众

2005年9月9日晋江市人民法院审判委员会会议通过《刑事案件量刑规则》。这一规则包括四个主体部分和四个附件内容。主体内容分别是:一、量刑的一般规则;二、量刑情节适用规则;三、未成年人犯罪的刑罚适用规则;四、个别刑罚适用规则。在附件中分别对“本院受理的所占比例较大的几类刑事案件,包括盗窃、抢劫、抢夺、故意伤害、交通肇事等案件,制定具体的量刑细化标准,供本院审理具体案件时参照适用”。

关于量刑基准的确定,目前学术界有五种观点:中线论;分格论;形势论;主要原因论;重心论。

参见江苏省高级人民法院的《量刑指导规则》第9条。

多的范例。具有从重量刑的依据。可见该规则尚有完善的空间。

(二)从估堆到精确是一个相对的过程。司法过程的不确定性会影响量刑难以达到绝对的均衡。贝卡里亚在《论犯罪与刑罚》一书中开宗明义:对于刑罚适用的相关问题应当用几何学的精确度来解释^{[3](P.66~67)}。为实现这个伟大的构想,我国学者赵廷光教授进行了锲而不舍的探索和论证,围绕“依法构建刻度分明的量刑标尺是科学实现刑罚程度的最佳途径”的思路,提出如下设计方案:“将法定刑幅度(空间)划分为200个刻度。保证每个刻度所体现的刑罚量一般不超过1个月的‘虚拟徒刑’,以免引起评价误差而导致处罚偏轻偏重的现象。”^{[13](P.70)}

然而,从“估堆”悬殊3-5年至“精确”到相差为0.17个月,是否从一个极端走向另外一个极端?有学者质疑:量刑规范化不等于量刑精密化。因为,精密化的量刑方法通过量刑过程操作的机械化、细则化,从而量刑精密化,最大限度地限制法官的自由裁量权,尽可能地实现精确量刑的目标,然而这一初衷却违背了法律的本性。正如学者季卫东所言:“为了防止和限制恣意,我国采取了比西方更严厉的措施。其动机或可以理解,但其效果却很糟糕。因为,我国在缩减恣意的同时也压抑了选择,而选择恰恰是‘法律程序’的价值所在。”^[14]

上述的担心来源于对赵教授设计量刑刻度的误解。“量刑精确化”原本针对的是“量刑估堆儿”,并不是否定法官的自由裁量权。这从赵教授发表的《量刑精确制导》一文中可以体会出其目标所指:提倡“量刑精确制导”、“理性评价量刑情节,科学计算罪责程度”。他还反对“地方法院制定抽象的量刑规范”,即,“硬性为各种量刑情节匹配具体刑罚,要求本地法官在量刑时遵照执行。”认为这是倒退到了法国的绝对确定刑时期,是剥夺了法官的自由裁量权^{[15](P.90~95)}。以上的主张态度鲜明地表达了在规范量刑技术的同时,鼓励法官理性评价量刑情节,在一定限度内发挥自由裁量权,而不是跟着感觉走。

至于量刑精确到什么程度,笔者确有感慨:许多事情,往往是为了追求完美精确,迟迟徘徊不定,不仅耽搁很久,而且因为过于精确,缺少一些韧性和弹性,反倒成为“易碎勿摸”的花瓶。在笔者看来,只要有个相对合理、容易操作、普遍认可的标准可以参照,量刑整体平衡与个案平衡基本上就能找到结合点,就不会出现许霆案件前后量刑差距“悬殊”的状况。

(三)该规则中概括性的酌定量刑情节表达富有创意。本规则中明确列举了法定从轻、法定从重处罚的量刑情节,以及酌定从轻、酌定从重处罚的量刑情节,尝试着将“部分酌定情节规范化”,这是弥补立法粗漏缺陷的举措,顺应了司法实践的呼唤。更值得赞赏的是概括性的酌定量刑情节表达富有创意。譬如,该规定第5条:“盗窃犯罪可以酌情从轻处罚的量刑情节可归纳为以下几种,作用较小、追赃、退赃、退出违法所得、初犯、偶犯、预交罚金、悔罪、情有可原的、归案后即坦白交代罪行、庭审时认罪态度好及社会危害性明显较小;具有以上三个情节以上的,一般可以考虑从轻处罚或较大幅度从轻处罚。”

本条中引人瞩目的是“情有可原”这个关键词。这一规定展示人性关怀的情感因素,包涵“合情合理”、“事出有因”的旨趣,是目前在其他基层法院的量刑规则中比较少见的一种酌定量刑情节。简单的四个字中隐含着“期待可能性”理论精髓。给予了法官个人情感效应发挥的空间,在遇到诸如被害人过错、被告人情急之举、激情犯罪等案件情形时,由于行为人不具备法律或者一般人所期待的“合法”可能性,可以考虑从轻或者免除责任的自由裁量空间。联系许霆案件,“情有可原”可以用于解释本案的特殊情形:即,“自动柜员机出现异常”——诱发人的欲望——促使许霆犯罪,因此,银行类似被害人,推定金融机构具有一定过错。

“情有可原”的辐射范围主要是犯罪前和犯罪中的情节,是“缘由”、可以“原谅”和“宽恕”之意。关于“事后被害人真实的宽恕是否可以成为一个酌定量刑情节的理由”^{[16](P.76)}?笔者认为,被害人对犯罪人的态度,是愤怒还是宽恕,对量刑必然有一定的影响。这应是一个可以列举方式表达的法定化酌定情节,可以称为“刑事和解”的前提要件,是事后的一种量刑情节。

联想到有的学者提出建立我国的“酌定减轻处罚制度”,笔者认为很有必要。其价值,除了可以满足

政治、外交、国防、统战、民族、宗教等涉及国家重大利益的特殊需求外^{[17](P.61)},主要体现在有助于在刑事审判中缓解情与法的冲突,促进刑事个案的量刑公正。而国外许多国家这方面的制度已经比较成熟。我们需要考虑的是如何进一步规范这一制度,诸如,“考虑特殊情况的范围,使之富有一定的弹性”;“规范减轻处罚的具体幅度,使之依托基本底线”;“特别减轻的核准权下放到什么级别”等关键问题。

诚如日本学者曾根威彦教授所指出的:“量刑结果最好能够为当事人所预测。但是,准确预测法官的量刑结果在现实中是极为困难的。”^{[18](P.140)}对照晋江法院的《盗窃案件细化量刑标准》,我们尝试着对“福建的许霆案”做出量刑的预测。

首先,《盗窃案件细化量刑标准》没有把盗窃对象(金融机构)作为量刑基准之外的排除范围。因此,盗窃金融机构也一样可以比照盗窃数额的多少确定量刑轻重;对照第2条所明确的量刑基准:“盗窃九万元以上的,判处十年以上有期徒刑”,第3条则明确了量刑幅度,即,“盗窃九万元以上的,每增加一万元,刑期增加一年左右。”许霆盗窃了17万元,至少要判处15年有期徒刑。

其次,依据量刑细则的第5条“盗窃犯罪可以酌情从轻处罚的量刑情节可归纳为以下几种……”的规定,并没有说明“盗窃金融机构”就不予以适用的规定,只要“情有可原”的,也一样可以酌情从轻处罚。(当然,根据第7条第2款规定,对被告人的从轻应在订立的基准线的刑期的一半范围内。)故,本案“从轻的结果”是可能判处许霆10以上15年以下的有期徒刑。

再次,盗窃罪的量刑受刑事政策影响突显无疑。刑罚的运用时常受到犯罪形势的影响,在绝大多数情况下犯罪形势严峻的地区或时期刑罚趋重,反之趋轻,所谓“治乱世用重典”。晋江市是经济比较发达,财产性案件多发地区,因此,在制定本细则的第1条中,开宗明义:“盗窃犯罪在本地区属多发性案件,严重危害本地区的社会治安秩序,量刑时在依据具体的犯罪数额的基础上,结合犯罪事实、犯罪情节、社会危害性等相关量刑情节从快、从重下判。”

刑事政策、媒体舆论和社会治安形势是法官在量刑过程中无法回避的客观情状,不管它的合理性怎样,实际情况是在一定程度上影响量刑。随着刑事政策的起伏变化,悄然暗示着一个时期刑事审判的方向。这是具有社会和政治人角色的法官必备的敏感神经。

审时度势,如果晋江法院结合目前“宽严相济刑事政策”进行分析,预测法官可能在“判处许霆10年以上15年以下有期徒刑”的幅度内从轻考虑。从而体现宽严相济刑事政策的宗旨:对刑事犯罪区别对待,做到既要有力打击和震慑犯罪,又要尽可能减少社会对抗,化消极因素为积极因素,实现法律效果和社会效果的统一。本案社会关注程度高,舆论反响大,法官的情感因素悄然渗透其中,最终影响自由裁量权的发挥。至此,估量“福建的许霆、张霆……”判处的结果既不是无期徒刑也不会是5年有期徒刑,而有可能判处12或者13年有期徒刑。

综上,笔者的结论是:为了追求刑罚实质的公正和相对的量刑均衡,需要法律赋予法官一定的自由裁量权。基于量刑技术的要求,需要更加规范立法和程序,需要明确量刑基准,而基于量刑情感因素的要求,法官还需要关注社会伦理规范和公序良俗的基本内涵。

五、量刑的技术与情感的调和

虽然法律思维并不绝对排斥情感因素,但不同于以善恶评价为中心的道德思维,以事实与规则认定为中心的法律思维首先是服从规则而不是首先听从情感。“即使是正义的情感,也不能作为法律的替代。……即使法官是自由的时候,他也仍然不是完全自由,他不得随意创新。他不是一位随意漫游、追

如日本刑法典第66条、俄罗斯联邦刑法典第62条第2款、台湾地区刑法典第59条、澳门地区刑法典第66条均规定了“刑罚的特别减轻制度”,可见,作为通行的制度,其价值和必要性并不令人怀疑。转引冯卫国:《论酌定减轻处罚制度及其完善》,载郎胜、刘宪权、李希慧主编:《刑法实践热点问题探讨》,中国人民公安大学出版社2008年9月版,第328页。

学者李立众建议,将酌定减轻处罚核准权下放到省、自治区、直辖市的高级人民法院行使。参见:清华法学网站 <http://www.law.tsinghua.edu.cn/lawtsinghua/index.asp>。

逐他自己的善美理想的游侠。^{[6](P. 88)} 上述美国写实主义法学家卡多佐大法官的鲜明态度无可质疑地表明:“即使在明确肯定法官自由裁量权的美国,法官的自由裁量权必须受法定标准的引导。”^{[19](P. 586)}

关于这点,我们可以从国内学者推崇的《美国联邦量刑指南》对量刑折扣的规定限制中得到佐证:“允许如果被告人真诚地承认罪行责任,对有罪答辩进行‘量刑打折’,这个折扣能减掉相对较轻罪行 67 % 的刑期和严重罪行 14 % 的刑期。”^{[19](P. 435)} 请注意,“量刑打折”是有严格刻度的。自由裁量权需要在法律规则的范围内行使,在法律术语的承载下,情感要斟酌地涉及。

“司法过程的逻辑三段论”,意味着逻辑推理过程中需要遵循必要的法律规则和思维方式,这是一个纯粹技术含量的过程,我们通常所言的科学量刑就是量刑技术上的要求,而合理量刑即为合乎情理,具有正当性,这必然蕴涵着对情感因素的考量。由此看来,科学合理量刑意味着在技术规则的范畴内审慎斟酌“情感”的正确归位。

我国学者在著作中阐述,“法官在行使量刑裁量权时,应该充分结合犯罪人的主客观情况和犯罪人的人身危险性等具体情况,对犯罪人处以其‘应得’的刑罚。”^{[20](P. 80 ~ 82)} “应得”的刑罚如何确定?这不仅取决于法官的智慧和良心,取决于法官理性与感性,更重要的是取决于法官的量刑技术与情感的调和,而不是技术与情感的缺失与取舍!我们可以从以下的公式中对技术与情感的关系做出解读:科学合理的量刑 = 量刑技术 + 量刑情感。

为保证量刑的公正和均衡,学术界及司法界除了对实体法提出了“量刑阶梯”、“量刑标尺”等技术规范的设想以及采取量刑判例的方式指导司法实践的尝试之外,在量刑程序方面的设计仍然体现出了重视技术与情感之间调和的旨趣。譬如,定罪与量刑分开的模式;增设量刑答辩程序;赋予检察机关量刑建议权等举措。尤其值得注意的是:当代英美国家的许多法院出现了一个新的趋势,逐步重视在量刑阶段和假释听证阶段进行“被害人影响陈述”的适用。在量刑程序中允许被害人提交影响陈述,可以有效地影响法官的量刑,尤其是允许被害人通过亲自参加量刑听证的方式,会使法官对犯罪后果产生真切的感受,从而更准确的对被告人判处刑罚^{[21](P. 33)}。而大陆法系的日本 2007 年 6 月 25 日对《日本刑事诉讼程序法典》做了重大修改,修改的主要目的是扩大被害人及其家属在刑事审判中的权利,例如:“刑事案件的被害人和他们的律师如果得到法官的允许能够参加庭审;被害人可以向案件的证人提问;被害人可以向被告人提问;被害人可以对案件的事实和被告人的处罚发表意见。”……这既是量刑程序上保证公正的举措,也为法官提供了接受情感因素的场景,从而使法官不可避免地因听取“被害人陈述”而对量刑产生影响。这是否预示着情感因素的影响由幕后走到台前,由隐性变为显性考量的趋势?

理性的冷光需要想象和同情的温暖予以调和^[22]。量刑的技术和情感并不是对立的两个因素,两者的调和才能实现软硬适度、色彩和谐的量刑合理与均衡。据此,我们已经揭开量刑困惑之面纱:在我国刑法中并非没有量刑阶梯,而是怎样进一步优化和完善的问题;量刑过程中并非缺少技术的成分,而是如何规范量刑趋于合理、达到相对精确的问题;法官并非一定要限制自由裁量权,而是如何把握量刑的技术与情感达到正确归位的过程。而从容驾驭这个过程的是具备精深专业和正义情感的高素质法官。

或许我们有理由展望与追问:在量刑技术与情感铺就的道路上,距离量刑公正与均衡还有多远?

参考文献:

- [1] 张庆旭:“数量型犯罪的量刑基准计量研究——兼论贪污罪量刑基准的构建”,载《五邑大学学报·社会科学版》2001 年第 3 期。
- [2] 李荣:“影响量刑的法官情绪因素研究”,载《刑法实践热点问题探索》,中国人民公安大学出版社 2008 年版。
- [3] [意]贝卡利亚:《犯罪与刑罚》,黄风译,中国法制出版社 2005 年版。

- [4] 孙炜:“论同罪个案间的量刑均衡——由二审对量刑不当案件改判引发的思考”,载《江南大学学报·社科版》2006年第8期。
- [5] [美]唐·布莱克著:《社会学视野中的司法》,郭星华等译,法律出版社2002年版。
- [6] [美]本杰明·卡多佐著:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1999年版。
- [7] 陈武能:“法官的天职与良知——重读英国名哲学家培根《论法律》有感”,载《中国律师》2002年第9期。
- [8] [美]诺内特·塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版。
- [9] 庞凌:“司法如何介入政治”,载《法学》2002年第11期。
- [10] 黄京平、李小文、吴江:《媒体干扰审判行为的刑事抗制》,黄京平、韩大元:《宪法学与刑法学的对话》,中国人民大学出版社2007年版。
- [11] [美]安德鲁·冯·赫希,著:《已然之罪还是未然之罪——对罪犯量刑中的该当性与危险性》,邱兴隆、胡云腾译,中国检察出版社2001年版。
- [12] 周美华、黄应生:“盗窃案件如何规范量刑”,载《中国审判新闻月刊》2007年第8期。
- [13] 赵廷光:《量刑公正的实证研究》,武汉大学出版社2006年版。
- [14] 季卫东:“电脑量刑辩证观”,载《政法论坛》2007年第1期。
- [15] 赵廷光:“量刑精确制导”,载《现代法学》2008年第4期。
- [16] 罗猛、温国帅:“被害人宽恕与量刑”,载《时代法学》2008年第4期。
- [17] 胡康生、郎胜,主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2006年版。
- [18] [日]曾根威彦:《量刑基准》,载[日]西原春夫 主编:《日本刑事法的形成与特色》,李海东等译,法律出版社、日本成文堂联合出版1997年版。
- [19] [美]爱伦·豪彻斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克:《美国刑事法院诉讼程序》,陈卫东、徐美君译,中国人民大学出版社2002年版。
- [20] 赵秉志:《刑罚总论问题探索》,法律出版社2003年版。
- [21] 房保国:《被害人的刑事程序保护》,法律出版社2007年版。
- [22] 洪川:《法学中的现代和后现代》,载《人大法律评论》,中国人民大学出版社2001年版。

(责任编辑 于贺清)